

Livro de

ESTUDOS JURÍDICOS

COORDENAÇÃO:
JAMES TUBENCHLAK
RICARDO SILVA DE BUSTAMANTE

- Ada Pellegrini Grinover
- Alberto Zacharias Toron
- Alexandre Freitas Câmara
- André Luiz Amorim Franco
- Antônio Carlos Amorim
- Antônio Jeová da Silva Santos
- Atahaulpa Fernandez Neto
- Caio Mario da Silva Pereira
- Carla Izolda Fiuza Costa Marshall
- Carlos David S. Aarão Reis
- Dwigth Cerqueira Ronzani
- Elida Sá
- Francisco de Assis Toledo
- Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
- Glênio Sabbad Guedes
- Guaraci de Campos Vianna
- Gustavo Fernandes Andrade
- Helcio Alves de Assumpção
- Herminio A. Marques Porto
- Hugo Nigro Mazzilli
- Humberto Theodoro Junior
- Ivan Lira de Carvalho
- J. A. Penalva Santos
- J. J. Calmon de Passos
- João José Leal
- José Carlos Barbosa Moreira
- José Carlos Sousa Silva
- José dos Santos Carvalho Filho
- José Eulálio Figueiredo de Almeida
- Lenice Silveira Moreira
- Leônidas Ribeiro Scholz
- Leticia de Faria Sardas
- Luiz Felipe da Silva Haddad
- Luiz Fux
- Marcellus Polastri Lima
- Maria Berenice Dias
- Nagib Slaibi Filho
- Nei Breitman
- Paulo Cláudio Tovo
- R. Reis Friede
- René Ariel Dotti
- Rogério Silva de Bustamante
- Ronaldo Leite Pedrosa
- Sérgio Antonio Abunahman
- Sérgio Demoro Hamilton
- Sylvio Capanema de Souza
- Vicente Greco Filho
- Yussef Said Cahali

1ª edição - 1995

© *copyright*

Instituto de Estudos Jurídicos

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

L762 Livro de estudos jurídicos, volume 10 / coordenadores James Tubenchlak
V.7 e Ricardo Bustamante. - Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995

1. Direito - Brasil. I. Tubenchlak, James, 1939 - II. Bustamante, Ricardo
Silva de, 1941 -.

91-0739

CDU - 340(81)

Produção e Paginação: João Luís Ribeiro e Pablo A. Ribeiro
Tel.: (021)284-1700

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive, através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei nº 5.988, de 14.12.73).

Reservados os direitos de propriedade desta Edição pelo
INSTITUTO DE ESTUDOS JURÍDICOS LIMITADA
Av. Ary Parreiras, 432 - Niterói - RJ - Tel.: (021)710-7847 - Cep. 24230-322

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA
Professor Emérito nas Universidades Federais do
Rio de Janeiro e Minas Gerais

1 – Influência do tempo

O tempo, como escrevi anteriormente (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 3), exerce grande influência na existência individual como na vida jurídica das pessoas. Na vida biológica, na vida privada, na vida social, nas relações jurídicas. Marca o início e o fim da personalidade e é o ponto de partida para a capacidade de fato.

O tempo influi no nascimento, no desenvolvimento, na extinção ou fim dos direitos. Pode constituir elemento preponderante no surgimento das relações jurídicas e no exercício dos direitos, como no seu perecimento. Ao cogitar dos institutos da prescrição e da decadência, há que levar em conta que ele está no centro de uma e de outra, embora não se possa dizer que aí atua com exclusividade.

2 – Extensão do tema e bibliografia

2.1 – Enfocando estes dois assuntos que constituem o objeto deste modesto estudo, não posso deixar sem observação que será limitado como convém, sob pena de uma extensão maior levar ao extremo de perder o controle de sua objetividade. Muito se tem escrito a respeito, e mais ainda se há de escrever, porque, se é certo que apresenta contornos bem definidos na palavra dos mestres, não há negar que surgem e surgirão novos aspectos que atraem a doutrina e

inevitavelmente percutem nas cortes da justiça, influenciando na jurisprudência e nas suas oscilações. Está presente nos tratados, nas obras monográficas e em pesquisas que povoam revistas especializadas e repositórios de decisões dos tribunais.

2.2 – A bibliografia é muito extensa e variada, e não tenho a pretensão de mencioná-la em sua inteireza, senão a título de amostragem exemplificar a cobertura de alguns planos, que permitem exibir ao mesmo tempo a sedimentação dos princípios e a modernidade de suas penetrações que influem também nas reformas legislativas.

2.2.1 – As obras estrangeiras são numerosas e abrangem, como em rápido apanhado se pode ver: Guillouard, *Traité de la Prescription*, em 2 volumes; Pugliese, *Prescrizione Estintiva*; Pugliese, *Prescrizione Acquisitiva*; Mirabelli, *Prescrizione*; Modica, *Teoria della Prescrizione*; Vittorio Tedeschi, *Distinzione tra Prescrizione Estintiva e Decadenza*; Carbannier, *Notes sur la prescription extinctive*, em R.T.D. – Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1952, p. 171; Souly, *La prescription trentenaire doit disparaître*, em Gazette du Palais, 1948, D. 43; Monteil, *Considerations en matière de réforme de la prescription*, R.T.D., 1936, p. 637; Starck, Roland et Boyer, *Obligations Régime Général*, p. 3477-1, além dos tratados clássicos dos irmãos Mazeaud, com aditamentos de Chabas; de Planiol com os desenvolvimentos de Ripert e de Boulanger; Eneccerus, Kipp Wolf; Colin et Capitant; Von Tuhr; Bossel et Mentah; Marty et Raynaud; Malauri et Aynès; Jacques Ghestin; Aubry et Rau; Henri de Page.

2.2.2 – A bibliografia nacional não é menos rica: Câmara Leal, *Prescrição e Decadência*; Ary Azevedo Franco, *Prescrição Extintiva*; Carpenter, *Da Prescrição*; Niolau Nazzo, *Decadência no Direito Brasileiro*; Carlos da Rocha Guimarães, *Prescrição e Decadência*; J. L. Ferreira Prunes, *A Prescrição no Direito do Trabalho*; A. Zenun, *Prescrição na Constituição*; A. C. Peluso, *Prescrição quinquenal. Funcionário Público*; Marcoss Luis de Lobo, *Interrupção da Prescrição pela Vistoria "ad perpetuam memoriam"*; Aureliano Luiz Guimarães, *A Prescrição Extintiva*; Angelo Amorim Filho, *Critério Científico para distinguir a Prescrição da Decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, in Rev. Forense, vol. 193 (1961) e republicado na Revista de Direito Processual Civil, vol. 3, 1962; Cláudia Lima Marques, *Tendances Récentes de La Prescription Extinctive in Droit Brésilien*, Contribuição (Rapport National) para o 14º Con-

gresso Internacional de Direito Comparado. Atenas, 1994; Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Brasileiro*. Além dos Tratados de Direito Civil: J.M. de Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*; Clóvis Bevilacqua, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*; Silvio Rodrigues, *Direito Civil*; M. M. de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*.

2.2.3 – Na jurisprudência dos Tribunais: R. Limongi França, *Jurisprudência da Prescrição e Decadência*, Revista dos Tribunais, 1979; Ulderico Pires dos Santos, *Prescrição, Doutrina, Jurisprudência e Prática*, Editora Forense, 1990.

2.2.4 – Pelo vulto e variedade dos assuntos, pode-se bem aquilatar a importância e modernidade do tema. Muito maior seria a contribuição se me ativesse à pesquisa jurisprudencial, através dos julgados nos Tribunais Superiores e nos dos Estados, que enfrentam problemas em casos de espécie, numerosos, que lhes são trazidos com grande frequência.

3 – Conceitos

3.1 – Binômio tempo mais inércia do sujeito

Como seria natural, a multiplicidade de autores versando o tema gera a variedade de conceitos. Ao desenvolvê-los, não posso desprezar o que apresentei em minhas *"Instituições de Direito Civil"* (vol. I, capítulo XXIV), registrando obviamente o que a doutrina mais moderna lhe trouxe, e a renovação legislativa lhe acrescentou.

De início, cabe distinguir as duas modalidades em que a matéria se dicotomiza: *prescrição aquisitiva* e *prescrição extintiva*. Uma e outra estão subordinadas a duas idéias-forças que operam simultâneas e conjugadamente:

a ação do tempo e a inércia do titular do direito.

Mas nos seus efeitos e na sua estrutura ambas se distanciam sensivelmente.

Já se tem dito que a prescrição é, simplesmente, uma decorrência do tempo.

Inexato.

O tempo, em si, não pode impor a perda do direito do credor em favorecimento ao devedor, ou a perda da propriedade em benefício

do prescribente. Em um, como em outro caso, há que lhe associar um outro fator decisivo: a inércia do sujeito da relação jurídica. O tempo (é bom que se repita) em si ou por si mesmo não gera a prescrição aquisitiva, como a extintiva.

O proprietário é e continua proprietário qualquer que seja o tempo decorrido. A não utilização da coisa pode ser, mesmo, uma forma de exercício do direito.

A regra é a mesma para a prescrição extintiva. O credor não deixa de ser credor, pelo fato de não manifestar o seu direito.

Clóvis Bevilacqua ensina que o desuso não causa a prescrição. O titular conserva em seu patrimônio coisas e direitos, sem que pereçam por falta de utilização (*Teoria Geral de Direito*, parág. 77).

Somente ocorrerá prescrição quando a inércia do titular permite que se constitua uma situação jurídica em oposição ao seu direito; quando gera contra ele uma pretensão judicialmente exigível, o que na terminologia alemã se designa como *Anspruch*, vocábulo que tantas vezes tenho invocado, naquele sentido adotado por Karl Larenz – *"direito a exigir de outrem uma ação ou omissão"* (*Derecho Civil, Parte General*, pag. 313). Associando a prescrição à *Anspruch*, o Projeto de Código Civil de 1975 estatui: violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição (art. 189) acrescentando que a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão (art. 190).

A prescrição será, portanto, o resultado desse paralelograma de forças, ou do binômio *tempo decorrido* – mais – *inércia do titular do direito*.

3.2 – Prescrição aquisitiva

Prescrição aquisitiva é a aquisição do direito pelo *decurso do tempo* aliado à *posse*, pelo prazo estabelecido em lei.

O *tempo* pode oscilar em função de outro elemento material, ou de outro fator anímico. Pode variar em razão do distanciamento ou da presença.

O prazo prescricional é mais curto entre presentes, ou mais longo entre ausentes.

Outro fator relevante e decisivo será a existência de *título*, ou a ocorrência de *boa-fé*.

Título, para este efeito, considera-se a *causa jurídica* da posse, e traz em si a presunção de *boa-fé*. O conceito de *boa-fé* pode ter constatação negativa (ausência de *má-fé*) ou positiva (comportamen-

to), como longamente desenvolvi em artigo por mim escrito e publicado há cerca de quarenta anos ("*Idéia de boa-fé*", in Revista Forense, vol. 72, pág. 25).

Não é, porém, qualquer *posse* que gera prescrição aquisitiva. Somente aquela que se exerce *cum animo domini*, isto é, na convicção de ser dono.

Tendo em vista que a prescrição aquisitiva visa aos direitos reais, em nosso Direito é objeto do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, tal qual se dá no direito alemão - BGB - (*Ensitung*), com distinção da prescrição extintiva que é tratada no Livro I, ou Parte Geral do Código Civil (*Veriasung*, do BGB), como determinante do perecimento do direito.

3.3 - Prescrição extintiva

A prescrição extintiva ou liberatória envolve a perda do direito pelo seu titular, que se revela inerte ou negligente por certo lapso de tempo, deixando que se constitua uma situação jurídica negativa *in favore debitoris*.

Ao dizer que a prescrição importa na *perda* ou no *perecimento* do direito, já adoto uma posição que não encontra amparo na generalidade dos autores, senão de alguns. Bato de frente com a doutrina legal brasileira, esposada pelo Código Civil.

A generalidade dos autores, processualistas como civilistas, entende que a prescrição extingue a ação e não o direito, ou noutros termos, o direito se extingue porque a ação prescreve.

Neste sentido Vizioz, *Etude de Procedure*, pag. 322; Solus et Perrot, *Droit Judiciaire Privé*, t. I. Sirey, nº 100; Carbonnier, *Notes sur la Prescription Extinctive*, in Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1952, págs. 176 a 178; Mazeaud, Mazeaud et Chabas, *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 2, 6ª edição, nº 1187; Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 1, nº 154, pág. 324; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. I, pag. 285; Clóvis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, parág. 77 e em *Comentário* ao art. 161 do Código Civil; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 3, em comentário ao art. 161, a pág. 272; Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. I, nº 265; Carpenter, *Da Prescrição*, pág. 73.

Eu me coloco em campo adverso, sustentando que a prescrição extintiva *fulmina o direito*. A meu ver, de que valeria alegar que uma pessoa *tem um direito*, se não pode exercê-lo? Eu raciocino assim: o ordenamento legal assegura ao credor (*reus credendi*) o seu direito, vinculando-lhe, no pólo passivo da relação, o devedor (*reus debendi*).

No binômio da relação jurídica há um sujeito ativo que é o titular da situação, prevalecendo a sua oponibilidade ao sujeito passivo. Se ocorre a prescrição, perece esta oponibilidade. Se a ação prescreve, o credor perde o poder de ação contra o devedor. E raciocinam que a prescrição implica na perda da ação, e não do direito. Não aceito admitir que o credor continua credor (sujeito ativo da relação jurídica) e o devedor continua devedor (sujeito passivo da mesma relação), mas não pode exercer aquela oponibilidade porque perdeu a *actio* pela prescrição. O credor perde a faculdade de impor ao devedor o aparelho coactor de estado PORQUE DEIXA DE SER CREDOR. A prescrição extingue o direito. Ou de maneira mais enfática:

o seu direito extingue-se pela prescrição.

Não estou só, nesta posição, que a muitos parece paradoxal.

No sentido do que defendo, posso citar entre outros: J. Héron, *Droit Judiciaire Privé*, Montchretien, nº 115; Marty, Raynaud et Lestaz, *Les Obligations, Régime*, nº 341; Starck, Roland et Boyer, *Obligations, Régime Général*, nº 347-1; Monique Bandrac, *Les tandances Récentes de La Prescription extinctive en Droit François*, in Revue Internationale de Droit Comparé, Abril- Junho de 1994, em nota 4 da pág. 362; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, nº 287; Nicolau Nazzo, *A Decadência no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1959, nº 112, pág. 118.

Em sustentação da tese da extinção da ação e não do direito, argumentou-se que, se o devedor paga espontaneamente, não tem direito à *repetitio indebiti*, isto é, não pode reclamar a restituição.

Eu respondo - e encontro apoio para a tese que sustento (ver *Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 121, pág. 436 da 15ª edição) em Pontes de Miranda (*Fontes e Evolução de Direito*, Forense, 2ª ed., 1981) a dizer: não obstante a prescrição constituir causa de perecimento do direito, resta o *dever moral*, por parte do *reus debendi*, de honrar o compromisso, "*dever moral*" este que sustenta a *soluti retentio* do pagamento da dívida prescrita.

Uma corrente mais moderna sustenta que em matéria de direitos reais, a prescrição atinge simultaneamente o direito e a ação: quanto, porém, à prescrição contra o título executório, é o direito substancial que ela ameaça e não mais a ação que a decisão extingue. Segundo Monique Bandrac (artigo citado), esta concepção pluralista ganha terreno na jurisprudência francesa. Em seu abono invoca outro trabalho seu (*Nature Jurídique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, págs. 52 e segs. e ainda Jean Carbonnier, *Notes*

sur la Prescription Extinctive, RTD, 1952, págs. 171 e segs.; Terré, Simler et Lequette, *Droit Civil, les Obligations*, 5ª ed., nº 1403).

3.4 – Decadência

3.4.1 – Decadência ou caducidade é a perda ou perecimento do direito, em decorrência de seu não exercício em prazo determinado pela lei ou pela convenção.

Há direitos que já nascem preestabelecendo que devem ser exercidos em um tempo fixo, perecendo se o não forem dentro nele.

Diversamente da prescrição não há mister se constitua uma situação jurídica em oposição ao direito do titular para que ocorra a sua caducidade. Basta o decurso do prazo. Vencido que seja este, sem que o sujeito exerça o seu direito, este perece.

3.4.2 – Normalmente a decadência é estipulada em lei. O direito positivo, ao instituir o poder de ação do sujeito (direito subjetivo) impõe limites temporais de sua utilização.

Pode, contudo, ser estatuído pela vontade, seja esta bilateral seja unilateral (Cláudia Lima Marques, *Tendances récentes de la Prescription Extinctive*, Contribuição Brasileira para o 14º Congresso Internacional de Direito Comparado, Atenas, 1994). Gerado o direito pela declaração de vontade, simultaneamente é estabelecida a condição temporal de seu perecimento.

4 – Fundamento da prescrição e da decadência

4.1 – O *fundamento da prescrição* é objeto de considerações que muito variam ao sabor de preferências individuais dos autores.

O nosso direito pré-codificado tratava-a como “punição” imposta ao titular do direito, pelo fato de se manter inerte por certo tempo (Ordenações do Reino, livro IV, Título 79, princípio).

Em outro sentido, sustentam alguns que o fundamento da prescrição reside em uma “presunção de pagamento ou de perdão da dívida” (Pothier, *O. Euvres Complètes, Obligations*, vol. II, nº 644), senão de toda ela, ao menos em alguns casos de prescrição de curto prazo (Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. II, nº 2069, Colin et Capitant, *Cours de Droit Civil*, vol. II, nº 361).

Este fundamento não resiste à análise em face da demonstração inequívoca, pelo credor, de seu interesse no recebimento.

Outros autores associam esta fundamentação, de conotação individualista, a motivações de caráter social ou de *ordem pública* (Mazeaud, Mazeaud et Chabas, *Leçons de Droit Civil*, tomo II, 1º volume, nº 1166.)

A prescrição assenta na *paz social*, que envolve um motivo de tranqüilidade da ordem jurídica. O credor tem direito a que o devedor satisfaça as suas obrigações. Se, contudo, permanece inerte por um lapso de tempo considerado em lei, admitindo que se constitua uma situação jurídica contra a sua pretensão (*Anspruch*), não interessa à ordem pública que se crie uma incerteza na vida social, permitindo se abra a todo sempre o debate, para reviver um direito que a inércia prolongada *a parte creditoris* autorizava presumir morto ou abandonado. Daí a tese, sustentando um motivo da *ordem pública* na estrutura orgânica da prescrição, e afastando a incerteza em torno da eficácia dos direitos (Clóvis Bevilacqua, *Teoria Geral*, parág. 84; Carpenter, *Da Prescrição* in Manual Lacerda, vol. IV; Andréas Von Tuhr, *Derecho Civil*, vol. III, Parte 2ª, parág. 91; Mazeaud et Mazeaud et Chabas, obra e lugar citados).

Com esta conotação social, já se disse que a prescrição é *patrona generis humani* (Cassiodoro).

É precisamente em razão de se fundar a prescrição em motivos de *ordem pública* que a ordem legal não permite a *renúncia* prévia. Lícito será ao credor renunciar à prescrição depois de consumada e mesmo assim sem prejuízo de terceiros (Código Civil, art. 161, meu Projeto de Código de Obrigações de 1965, art. 274; Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B) art. 191).

Levanta-se contra o instituto da prescrição o argumento de que dá amparo ao devedor inadimplente em prejuízo do sujeito da relação jurídica. Há, nisto, uma razão aparente. Mas se assim se faz, é porque o credor negligente deixou consolidar-se contra ele uma situação jurídica contrária ao seu direito. Reabrir o debate é atentar contra o sossego público, o que é mal maior do que o sacrifício do interesse individual como escrevi em minhas *“Instituições”*, vol. I, nº 121, pag. 437 da 15ª edição.

4.2 – Quanto à *decadência*, militam razões e motivos de outra ordem. Enquanto a prescrição extintiva tem por objeto liberar o devedor em razão de haver o credor deixado, pelo decurso do tempo, constituir-se uma situação jurídica adversa ao seu direito, a decadência implica em perecimento automático deste, se não exercido dentro no prazo pré-determinado. Certos direitos subjetivos já nascem tra-

zendo ínsito o germe de sua própria destruição, se não exercidos em tempo pré-determinado.

Não há, conseqüentemente, pesquisar aliunde o seu fundamento. Este assenta em uma razão de *política legislativa*. A ordem constitui a subordina a existência e eficácia do direito à *conditio legis* de seu exercício *opportuno tempore*.

Por tal motivo poder-se-á dizer que não comporta discussão em torno do *fundamento da decadência*. O direito extingue-se em prazo certo, porque assim foi estabelecido.

5 – Distinção entre prescrição e decadência

5.1 – Este é um assunto muito delicado. Delicado é tormentoso. Uma e outra tem um ponto em comum: o efeito do tempo, aliado à falta de atuação do titular. Visualizados mais de perto, vê-se logo que os dois fenômenos diferem no seu fundamento, na sua conseqüência imediata e nos seus efeitos.

A prescrição (convém repetir) importa na perda do direito quando o titular deste, por sua inércia, deixa se constitua uma situação jurídica extintiva da respectiva pretensão.

Seu fundamento reside em um interesse de ordem pública em que se não perturbe a paz social e se reabra discussão em torno de uma situação contrária ao direito do titular, consolidado pelo tempo. A decadência implica na morte do direito, pelo seu não exercício dentro em um prazo pré-determinado. Se a lei institui um lapso de tempo para o exercício do direito, ou este se exercita dentro nele, ou nunca mais. Decorrido o prazo prescricional, pode a extinção do direito ser argüida pelo interessado. Quando a lei marca um termo como condição do exercício do direito, o vencimento do prazo importa em caducidade (Eneccerus, Kipp y Wolf, *Tratado, Parte General*, vol. II, parág. 211, Oertmann, *Introducción al Derecho Civil*, parág. 73; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, parág. 64).

5.2 – No modo de operar distingue-se a decadência da prescrição em que esta depende de invocada pela parte a quem aproveita, não podendo ser declarada *ex officio* pelo juiz. Contrariamente, a decadência pode ser pronunciada quando o julgador se defronta com o prazo escoado sem que o interessado tenha, dentro nele, exercido o seu direito. Assim se dispõe no artigo 210 do Projeto de Código Civil de 1975.

5.3 – Decadência e prescrição distinguem-se, também, em que esta pode ser interrompida por manifestação do credor que quer conservar

vivo o seu direito: mediante protesto, citação pessoal ao devedor ou qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, ou apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores, ou qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (Código Civil, art. 172). Como alguns entendem que é o caso da vistoria *ad perpetuam memoriam* (Marcos Luiz de Lobo, em trabalho neste sentido).

A decadência não comporta interrupção. A instauração da lide constitui a implementação da *conditio legis* do exercício do direito.

5.4 – Autores há que, numa inversão de causalidade, procuram estabelecer a distinção pelos efeitos, dizendo que é prescrição quando pode ser interrompida, e decadência quando não pode. É inexato o raciocínio. Em verdade, *pode ser interrompida porque é prescrição; não pode ser "porque" é decadência*.

5.5 – O mesmo raciocínio não se aplica à suspensão, pois que se a ação não pode ser intentada havendo razão impeditiva, não se poderá alegar a perda do direito pela inação do titular.

5.6 – Dúvida se levantava sobre o efeito do ajuizamento da ação, em casos de decadência, a saber se basta o despacho ordinatório da citação, ou há mister a instauração da lide. O assunto foi esclarecido com a vigência de lei especial (Decreto-Lei nº 6790, de 29 de maio de 1980) mantido o princípio no art. 220 do Código de Processo Civil, segundo o qual o disposto no art. 219 se aplica a todos os prazos extintivos previstos em lei: a citação válida tem efeito interruptivo ainda quando ordenada por juiz incompetente, desde que a parte a promova nos dez dias seguintes à prolação do despacho. Pode, contudo, o juiz prorrogar o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias, contanto que a parte o requeira nos 5 (cinco) dias seguintes ao termo do prazo assinado para a citação do réu.

Com tais preceitos, o despacho válido para a citação tem o efeito de se traduzir em requisito exigido para o exercício do direito nas hipóteses de prazos decadenciais.

Em especial, o Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932 estabelece que os créditos contra a Fazenda Pública somente se interromperiam uma vez, e, interrompida a prescrição, recomeça o prazo a correr pela metade.

6 – Prescritibilidade e imprescritibilidade

6.1 – Uma observação altamente relevante, e também polêmica, envolve o princípio segundo o qual a *prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção*.

Costuma-se dizer que as nulidades absolutas escapam à prescrição. Eu não considero assim.

O meu critério, que não é somente meu, assenta em outras bases. A inércia do titular, como fator determinante da *prescriptio*, tanto opera em termos de nulidade absoluta quanto nos de nulidade relativa.

6.2 – Os direitos ligados diretamente à personalidade são imprescritíveis. O direito à vida, à integridade física ou moral, ao nome, à liberdade, ao *status* das pessoas, à intimidade, e tantos mais, nunca prescrevem, qualquer que seja o tempo de desuso. Podem, entretanto, prescrever os efeitos patrimoniais de uns e de outros. Campo em que é freqüente a discussão está na ação investigatória de paternidade. Como ação de estado é imprescritível, mas os efeitos patrimoniais (herança, alimentos) estão sujeitos à prescrição (cf. meu livro *Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos*).

6.3 – São igualmente imprescritíveis as faculdades legais, como os direitos facultativos. Se, porém, o titular deixa constituir uma situação jurídica concreta em oposição ao seu exercício, incorre em prescrição. Ex. gr., a utilização da coisa pelo proprietário não prescreve, mas a constituição de uma servidão contínua de trânsito gera a prescrição (F. Mendes Pimentel, in Revista Forense, vol. 40, pág. 296; Washington de Barros Monteiro, Curso, vol. 4, pág. 254; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, vol. III, nº 337; Súmula 415 do S.T.F.).

A razão é que o não exercício, em si mesmo, não importa em *causa prescriptionis*, mas se o sujeito tolera que um terceiro constitua uma situação jurídica contrária a seu exercício, perde-a (Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, vol. I, parág. 34).

6.4 – Imprescritíveis se dizem as exceções, isto é, as defesas oponíveis à pretensão do autor. Não se trata de direitos imprescritíveis, mas a todo tempo pode o réu apresentar defesa que somente ocorre quando é formulada pretensão pelo contendor (Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, loc. cit.; Eneccerus, Kipp y Wolf, citados, vol. II, parág. 28).

Assim já se pronunciavam as fontes: *temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*.

O projeto de Código Civil de 1975 adota orientação adversa, ao fixar no art. 190: "A exceção prescreve no mesmo prazo que a pretensão".

6.5.– O Código Civil no art. 178 concorre para que se não distinga a prescrição da decadência, arrolando indistintamente os casos de extinção das ações, por decurso de prazos curtos, qualifican-

do-os todos como "*prescrição*", embora muitos deles sejam evidentemente decadenciais. Esta ausência de diferenciação foi criticada por Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Brasileiro*, págs. 163/164, no que é acompanhado por Cláudia Lima Marques, no "Rapport National" a que já me referi, como também por Agnello Amorim Filho, in Revista Forense, vol. 193, 1961.

O Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B) observa maior rigor científico, mencionando especificadamente os prazos prescricionais em função da pretensão (*Anspruch*) no art. 204, ao passo que os de decadência se acham diretamente ligados a cada direito.

7 – Tendência moderna na alteração dos prazos de prescrição e de decadência

7.1– Por influência de causas diversas, para as quais tem concorrido a maior facilidade de comunicação e de locomoção, e mais desenvolvido aparelhamento técnico, a que não é estranha a mais realista perspectiva dos direitos individuais e sociais, os prazos de extinção dos direitos (prescrição e decadência) têm sido alterados para mais e para menos. Monique Bandrac chega mesmo a afirmar que a tendência, muito nítida, vige no encurtamento dos prazos prescricionais, citando como exemplo, em matéria de contratos, a troca da prescrição ordinária (*longi temporis*) por uma especial mais curta fixada em lei ou pela convenção das partes (Obra citada, Revista citada, pág. 364). Em nota 15 na mesma página, observa que o direito francês admite a validade das convenções relativas à prescrição, contanto que se trate de encurtá-la.

Entre nós, a reforma da Constituição de 1988, a presença de novas leis e as modificações impostas a outras (inclusive o Código Civil) exigem exame atento.

7.2 – Usucapião

O usucapião *trintetário* de coisa imóvel (art. 550 do Código Civil) foi reduzido a vinte anos pela Lei 2.437, de 07 de março de 1955, e o *ordinário* foi reduzido de vinte para quinze anos entre ausentes.

A Súmula 445, do STF, considerou a redução aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência, salvo quanto aos processos então pendentes. O Projeto de Código Civil de 1975 propõe

diminuir para 15 (quinze) anos o *usucapião extraordinário*, redutível ainda a 10 (dez) anos se o usucapiente houver estabelecido no imóvel a sua morada habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.239 e seu parágrafo).

Para *coisa móvel* (art. 619 do Código Civil), que era de 10 (dez) anos independentemente de título e boa-fé, reduziu-se pela Lei 2.437 de 1955 para 03 (três) anos com exigência de título e boa-fé, e 05 (cinco) anos independentemente de um e de outra. Esses prazos foram mantidos no Projeto de Código Civil (Projeto 634-B de 1975).

7.3 – Usucapião Constitucional

A Constituição de 1934 (art. 125) criou o *usucapião especial*, que passou pela Carta de 1937 e chegou à Constituição de 1946 (art. 156, § 3º) em favor de quem não fosse proprietário rural ou urbano, tendo por objeto área não superior a 25 (vinte e cinco) hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho, e ocupação por dez anos ininterruptos.

O Estatuto da Terra (Lei 4.504 de 1964) manteve o prazo de dez anos, mas incluindo o requisito da "morada habitual".

Atrelo-o ao módulo rural, variável conforme as condições econômicas locais.

A Lei 6.969 de 1981 reduziu o prazo para cinco anos.

A Constituição de 1988 admitiu *usucapião* de área urbana de até 250 m², pelo prazo de cinco anos, com o requisito da morada habitual ou de sua família. Quanto ao *usucapião* de área rural, manteve o prazo prescricional de cinco anos, elevando a área para o limite de cinquenta hectares.

Tem razão Virgílio de Sá Pereira ao assinalar o caráter social do *usucapião*, prestigiando a força do trabalho e proporcionando maiores oportunidades de utilização da coisa, em contraste com a improdutividade a que muitas vezes o proprietário a relega.

7.4 – Prescrição cambial

Sob o império da Lei 2.044 de 31 de dezembro de 1908, a prescrição cambial operava-se em 05 (cinco) anos.

Após a Convenção de Genebra o prazo passou para 03 (três) anos.

7.5 – Prescrição trabalhista

Na conformidade da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - o prazo de 02 (dois) anos fulminava a reclamação do trabalhador. E pelo art. 440, "contra menores de dezoito anos não corre nenhum prazo prescricional".

A Constituição de 1988 veio introduzir um novo sistema nas relações trabalhistas. Entre outros benefícios voltou-se para os prazos prescricionais (art. 7º, nº XXIX); elevou para 05 (cinco) anos o prazo para o trabalhador urbano até o limite de 02 (dois) anos após a extinção do contrato (alínea "a"); até 02 (dois) anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural (alínea "b").

De fora parte a distinção entre trabalhador urbano e trabalhador rural (criticada por A. Zenun, *Prescrição na Constituição*, págs. 53 e seguintes, registrada por Cláudia Lima Marques, no já citado "Rapport National") a hermenêutica do texto constitucional merece atenção. Prescreve (diz ele) em 05 (cinco) anos o prazo concedido ao trabalhador urbano, mas esse prazo se limita a 02 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho. Vale dizer: o prazo quinquenal tem início quando se define a lesão ao direito, mesmo na constância da relação trabalhista; se por qualquer motivo termina o contrato de trabalho, a ação reclamatória não pode ser intentada após 02 (dois) anos depois da sua extinção. Vale, contudo, observar que o art. 7º da Constituição equipara o trabalhador rural ao urbano.

7.6 – Código de Defesa do Consumidor

A Lei nº 8.079, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, penetrou fundo em nosso direito, atingindo e alterando conceitos assentes, consagrados nas relações contratuais.

Assim é que consolidou o princípio da responsabilidade civil objetiva. Consagrou a reparação em dano moral que a Constituição de 1988 já estabelecerá através do art. 5º, incisos V e X, vencendo as resistências que lhe eram opostas, sob o argumento especioso de "ausência de uma norma genérica e acolhedora".

Esposou no art. 38 a doutrina, de origem norte-americana, da "Desconsideração da Pessoa Jurídica" (*Disregard of Legal Entity*), quando por parte dos órgãos dirigentes da entidade, houver a prática de ato ilícito ou abuso de poder, ou violação de norma estatutária, ou genericamente infração de disposição legal (ver minhas *Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 58-A).

Não poderia deixar incólume os institutos da prescrição e da decadência, como efetivamente não deixou.

Na defesa do consumidor impõe (art. 43 e seus parágrafos), a abertura dos cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo, bem como suas respectivas fontes, e a obrigatoriedade de sua

comunicação por escrito ao consumidor, a quem é dado exigir sua imediata correção no prazo de cinco anos. Estabelece, entretanto (art. 43, parág. 5º) que não é lícito o fornecimento de informações sobre o Consumidor, pelos Sistemas de Proteção ao Crédito - SPC - depois de consumada a prescrição relativa à cobrança de seus débitos (*Comentários de Ada Pellegrini Grinover*).

Trata-se, como se vê, de um prazo de decadência indireto: o CDC não institui prescrição do direito de fornecer elementos que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos produtores ou fornecedores, porém conserva-o atrelado à prescrição do crédito, ao mesmo tempo que limita as informações negativas referentes a período superior a 05 (cinco) anos.

No tocante à alteração de prazos extintivos cogita dos vícios redibitórios ou defeitos da coisa: os fornecedores de produtos de consumo duráveis, ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade e quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo ou lhes diminuam o valor. Protege o consumidor pela execução de serviços, inclusive pela reexecução dos serviços, confiada a terceiros.

Estabelece no art. 26 prazos especiais, a saber:

- trinta (30) dias para reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação; e de

- noventa (90) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis.

É lícito convencionar a redução ou ampliação do prazo para reclamação relativa a vício ou defeito de produtos duráveis ou não duráveis (30 dias, art. 18), não podendo ser inferior a sete (07) dias nem superior a cento e oitenta (180).

Obstam a decadência: a) reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o produtor até a resposta negativa correspondente; b) instauração de inquérito civil, até o seu encerramento.

Prescreve em cinco (05) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, contado o prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

O CDC institui todo um sistema de proteção, independentemente dos prazos de prescrição e decadência.

7.7 - Transporte aéreo

Em matéria de aviação nacional, institui o Código Brasileiro do Ar (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986) a prescrição de dois

(02) anos para reclamar contra os danos causados aos produtos transportados, e excepcionalmente três (03) anos se a vítima não tem conhecimento do dano ou do responsável. Após a convenção de Varsóvia, ratificada pelo Brasil, o prazo é reduzido a dois (02) anos para o transporte internacional.

8 - Conclusão

Ao tratar deste tema - Prescrição e Decadência - tive em mira oferecer um resumo apertado dos princípios que o governam, de molde a oferecer simples sinopse. No correr deste modesto estudo indiquei bibliografia que permite, a quem deseje aprofundar-se, prosseguir nas pesquisas e completar as investigações. Seria, em verdade, vaidosa pretensão se abrigasse a intenção de expor, nas suas minúcias, a análise dos temas.

Conhecendo a sua presença na vida social e nas relações jurídicas discutidas nas cortes de justiça nacionais, e reconhecendo a necessidade de oferecer um apanhado dos assuntos mais frequentes, fiz esta súplica, na suposição de que possa ser de utilidade.